



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Los tipos agravados del delito de tráfico de drogas

Autor

Alejandro Montes Marín

Director

Jorge Vizueta Fernández

Facultad de Derecho
2014

ÍNDICE

Página

LISTADO DE ABREVIATURAS	3
1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y OBJETO DE LA ACCIÓN EN EL DELITO DEL TRÁFICO DE DROGAS	5
2. CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LOS TIPOS AGRAVADOS DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.....	7
3. LOS TIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 369 DEL CÓDIGO PENAL.....	16
3.1. Cuando el culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio	17
3.2. Cuando el culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.....	18
3.3. Cuando los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.....	20
3.4. Cuando las sustancias a las que se refiere el artículo 368 del Código Penal se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamientos de deshabituación o rehabilitación.....	21
3.5. Cuando fuere de notoria importancia la cantidad de las sustancias objeto de las conductas a las que se refiere el artículo 368 del Código Penal	23
3.6. Cuando las sustancias de adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud	24
3.7. Cuando las conductas descritas en el artículo 368 tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación, o en sus proximidades	25

3.8. Cuando el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.....	27
4. EL TIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 369 BIS DEL CÓDIGO PENAL.....	28
5. LOS TIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL.....	29
5.1. Cuando se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.....	30
5.2. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a las que se refiere la circunstancia 2ª del apartado 1 del art.369	31
5.3. Cuando las conductas descritas en el art. 368 fuesen de extrema gravedad	32
6. CONCLUSIONES.....	35
7. BIBLIOGRAFÍA.....	40

LISTADO DE ABREVIATURAS

a.C.: antes de Cristo

art. (arts.): artículo(s) de una disposición legal.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española de 1978.

cit.: citado.

coord.: coordinador.

CP o C. Penal: Código Penal español.

dir.: director.

EEUU: Estado Unidos de América.

edic.: edición.

et al.: expresión latina que significa: y otros.

etc.: etcétera.

FGE: Fiscalía General del Estado.

LO: Ley Orgánica.

LSD: Dietilamida de ácido lisérgico, LSD-25: droga psicodélica-semisintética que se obtiene de la ergolina y de la familia de las triptaminas.

nº.: número.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

p. (pp.): página(s).

PIB: Producto Interior Bruto.

PNSD: Plan Nacional Sobre Drogas.

S.: siglo.

ss.: siguientes.

STS (SsTS): Sentencia(s) del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

Vol.: volumen.

1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y OBJETO DE LA ACCIÓN EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Exponer la regulación del tráfico de drogas en el Derecho Penal conlleva el estudio de una materia actual y compleja. La preocupación por el fenómeno de las drogas ilícitas, y las figuras delictivas que se asocian al tráfico y consumo de las mismas, ha adquirido una importancia prioritaria para los Estados y para diversas instituciones de carácter internacional. Remarcando la consideración del tráfico de drogas como una de las causas más frecuentes de delincuencia, no es extraño apreciar que la mayoría de los enfoques que abordan este fenómeno buscan la persecución y represión del tráfico de drogas. Sin embargo, existen diferentes alternativas político-criminales para solucionar el fondo del asunto. La mayoría de las tesis y medidas realizadas por Estados y organismos internacionales buscan la erradicación del tráfico de drogas mediante el castigo; aunque también podemos encontrar diversas políticas¹ centradas en la educación y formación con fines preventivos para lograr la superación del exponencial crecimiento de esta grave problemática². No obstante, y atendiendo a la realidad como juez determinante de este asunto, podemos observar cómo la mayoría de las medidas no han servido para evitar un incremento constante del tráfico de sustancias; lo que muestra de forma evidente que el método represivo imperante que se ha estructurado en los últimos años, así como las políticas y medidas especializadas en la prevención del consumo, han sido un notable fracaso.

El tráfico de drogas debe ser estudiado y enfocado por múltiples equipos interdisciplinarios y desde prismas de conocimientos que, si bien en ocasiones comparten muchos aspectos, colisionan a la hora de encontrar una solución a esta lacra de la sociedad actual. Así pues, desde distintas disciplinas como son el Derecho, la Sociología, la Medicina, la Criminología y la Psicología, se debe lograr una armonía con el fin de mermar y erradicar el efecto que producen las drogas, ya sea el consumo o el tráfico de las mismas, para el colectivo social.

Nos encontramos ante la constante lucha por la defensa y protección de un bien jurídico colectivo, distinto del bien jurídico de la salud individual y que posee sustantividad propia; aunque se encuentre vinculado teleológicamente a éste sirviéndole de referencia y complementándolo³. Se hace necesaria así la correcta delimitación de este bien jurídico colectivo.

1 Véase Plan de Acción sobre Drogas (España 2013-2016) perteneciente a la Estrategia Nacional sobre Drogas (España 2009-2016).

2 MAQUEDA ABREU, M.L., «Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas», en *La Ley*, n° 4624/1998, Madrid, 1998, p. 132.

3 VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tráfico de Drogas», en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, VIZUETA (coord.), Facultad de Derecho, Zaragoza, 2012, p. 317.

La primera delimitación del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas se encuentra en la descripción del Capítulo III del Título XVII del Código Penal español: *De los delitos contra la salud pública*. Esta delimitación, consensuada en gran medida tanto por doctrina como jurisprudencia, presenta la salud pública como un conjunto de condiciones que posibilitan la salud individual de las personas. La formación histórica del concepto de salud pública está vinculada desde sus orígenes a determinadas sustancias de uso común y cuya seguridad y control sanitario depende la salvaguarda de la salud de los ciudadanos. Es por eso que entre la Constitución y el consumo masivo de determinados productos apreciamos un vínculo que queda respaldado por una protección especial de la salud pública como principio rector de la política social (art. 43.1 CE)⁴. No obstante, algún sector de la doctrina se opone al calificativo de «pública» por entender que éste sólo atañe en un sentido estricto a la plural afección que presentan los delitos de tráfico de drogas para el colectivo social, y siguiendo en esta línea, el calificativo se ajustaría a la tutela de la salud individual. Por lo tanto, esta parte de la doctrina cuestiona que se corresponda la rúbrica del Título XVII del Capítulo III CP con el bien jurídico protegido por los delitos de tráfico de drogas. A mi juicio, creo que es preciso entender que para poner en peligro el bien jurídico identificado como salud pública es necesario que exista, en primer lugar, la posibilidad real de que la droga termine al alcance de los consumidores, es decir; que exista el riesgo de su difusión entre inconcretos consumidores⁵. Además, en segundo lugar, la sustancia, ya sea por su naturaleza o por su cantidad, debe ser idónea para afectar gravemente a la salud individual; ya que, como establece la STS 358/2003 de 16 de junio⁶, ningún comportamiento puede poner en peligro la salud pública si no tiene la capacidad suficiente de dañar la salud individual. En el mismo sentido se pronunciaría la STS 195/2004 de 16 de febrero⁷ afirmando que el concepto de salud pública se entiende como la «suma de las saludes individuales».

Hemos destacado que la primera delimitación del bien jurídico protegido la realiza la propia redacción del Código Penal; ahora bien, no sucede lo mismo en lo relativo al objeto de la acción que afecta y daña la salud pública. No encontramos precepto alguno que recoja los conceptos que sí menciona el art. 368 CP que regula el tipo básico del delito de tráfico de drogas. Se menciona «droga tóxica», «estupefaciente» o «sustancias psicotrópicas», pero no se establece expresamente en el citado texto legal un listado o concreción de algún tipo de los productos que pertenecen a esas categorías. Es más, tampoco encontramos la posibilidad de buscar estos conceptos acudiendo, por remisión, a otro tipo de disposición legal de carácter no penal. Tan sólo se establece un criterio,

4 MAQUEDA ABREU, M.L., «Jurisprudencia penal...», *cit.*, p. 225.

5 VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tráfico de Drogas», *cit.*, p. 317.

6 RJ 2003\4356. Aranzadi.

7 RJ 2004\2219. Aranzadi.

insuficiente⁸, para determinar qué sustancia puede considerarse como droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica.

A tenor de lo expuesto, y entendiendo el conflicto que supone una mala exposición del concepto de droga atendiendo al criterio recogido por el CP: la nocividad⁹; utilizaré en la elaboración de este trabajo el concepto siguiente: así, droga será «toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o varias de sus funciones y susceptible de crear dependencia y que puede, a la vez, crear tolerancia¹⁰». En virtud de esta definición nos encontramos con que sustancias como el tabaco y alcohol quedarían englobados en el concepto de droga y, por lo tanto, su tráfico sería ilegal. Para salvar esta situación el legislador ha permitido tanto su elaboración como transmisión a tercero, así como su uso y consumo¹¹. Así pues, entenderemos como droga la definición facilitada por la OMS sin incluir el tabaco y el alcohol¹².

2. CONTEXTO Y ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LOS TIPOS AGRAVADOS DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

La figura central de la regulación actual del delito de tráfico de drogas está contenida en el

8 Criterio de insuficiencia compartido por una gran mayoría doctrinal en relación con los principios de seguridad jurídica y reserva de Ley en materia penal. CÓRDOBA RODA, J., «El delito de tráfico de drogas», en *Estudios penales y criminológicos*, nº. 4, 1979-1980, pp. 9-34, sostiene que la calificación de una sustancia como droga o estupefaciente, a efectos penales, requiere, por un lado, la inclusión de la sustancia en alguna de las disposiciones extrapenales a las que según él, se remite el Código, bien sean de índole internacional (Convenios de 1961 y 1971), bien de índole interna (Ordenes Ministeriales que incluyen diversas sustancias). Por otro lado, RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª., *Derecho Penal español. Parte especial*, 11ª edic., Dykinson, Madrid, 1988, p. 1070 y ss., desde su teoría de la diversificación de drogas y estupefacientes opinaba que por drogas tóxicas hay que entender los venenos; por estupefacientes, las sustancias comprendidas en las listas I, II y IV que figuran a continuación del Convenio Único de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional con arreglo a dicho Convenio, más las que se declaren expresamente como tales dentro de España, y por sustancias psicotrópicas, finalmente, las comprendidas en el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971. También, PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., *El delito de tráfico de drogas y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español*, Thomson, Pamplona, 1995, p. 87 y pp. 177 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., «El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo», en *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986, pp. 162 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones», en *La problemática de la droga en España (análisis y propuestas político-criminales)*, Edersa, Madrid, 1986, p. 131.; y DEL TORO MARZAL, A., «Tráfico de drogas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1980, pp. 103 y ss., «se muestran partidarios de un sistema de definición elástica y entienden que el Código Penal deja al arbitrio del Juez la concreción del objeto material en este delito». Véase también la relación con el art. 9 CE.

9 El CP establece como criterio para incriminar el tráfico de una determinada sustancia: «el que causen grave daño a la salud». Art. 368 CP.

10 Concepto definido por la Organización Mundial de la Salud.

11 Tabaco: Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco. Alcohol: Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad.

12 MOLINA PÉREZ, T., «El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas», en *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº. 38, 2005, p. 96.

párrafo primero del art. 368 del CP, donde se recoge el tipo básico del citado delito. Esta figura sirve de base tanto para el tipo atenuado contenido en el mismo art. 368 del CP en el párrafo segundo; como para los tipos agravados del art. 369 y del art. 370. Además, junto a estos tipos agravados, el art. 369 bis prevé un aumento considerable de la pena para cuando los hechos descritos en el art. 368 del CP se realicen por quienes pertenezcan a una organización delictiva. No es necesario advertir que esta regulación ha sufrido diversos cambios a lo largo del tiempo. Estos cambios, fruto de la evolución de la sociedad y de la concepción de la misma sobre el consumo y hábitos relacionados con las drogas, propiciaron que el legislador fuera perfilando los parámetros que engloban los distintos tipos del delito de tráfico de drogas.

Desde una perspectiva histórica, es posible indicar que la relación del ser humano con las drogas se remonta a la prehistoria. La mayoría de las culturas han utilizado distintas sustancias ya sea para ritos, cultos o con fines medicinales o lúdicos. Claro ejemplo de esto son las plantaciones de adormidera¹³ en el Sur de España y Grecia, en el Noreste de África, en Egipto y en Mesopotamia, que son probablemente las más antiguas del planeta. Otro ejemplo conocido, sería el del cáñamo¹⁴ en China, donde se encontraron los primeros restos de esta fibra. También el uso de plantas como el beleño¹⁵, la belladona¹⁶ y la mandrágora¹⁷ fueron utilizados en la brujería, en rituales de guerra, en prácticas sexuales como afrodisíacos y como antidepresivos, por distintas culturas pertenecientes a Europa y Medio y Extremo Oriente¹⁸. El archifamoso arbusto de coca, originario de los Andes, es conocido en las regiones de Perú, Colombia y Bolivia desde el S. III a.C. Y por último, no podemos obviar la elaboración de fármacos puros a raíz de las investigaciones y descubrimientos del S. XIX: morfina, codeína, cafeína, cocaína, etc.

Llegados a este punto, es difícil negar la vinculación del ser humano con las drogas a lo largo de su historia; sin embargo, debemos puntualizar el momento en el que la relación del ser humano con las drogas pasó a ser objeto de regulación por parte del derecho.

Será en el S. XX, cuando el monopolio del control social sobre las drogas se termine y deje paso al control jurídico. Esto se tradujo en la aparición de distintas legislaciones específicas

13 *Papaver somniferum*. «Planta anual de flor blanca en general y fruto en cápsula elipsoidal con muchas semillas. Su látex u opio contiene morfina, poderoso calmante del dolor, y codeína. [...] fuente de placer gracias a sus efectos narcóticos y alucinógenos». Descripción de Ramón Morales Valverde, científico titular del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Real Jardín Botánico. <http://www.rjb.csic.es/jardinbotanico/jardin/>.

14 *Cannabis sativa*, comunmente conocida como cáñamo o marihuana, es una especie herbácea de la familia *Cannabaceae*, con propiedades psicoactivas. También es utilizada como fibra textil. Descripción por Linneo y publicado en *Species Plantarum*, vol. 2, p. 1027, en el año 1753. www.tropicos.org por el Missouri Botanical Garden.

15 *Hyoscyamus niger*. Descripción por Linneo y publicado en *Species Plantarum*, vol. 1, p. 179–180, en el año 1753. www.tropicos.org por el Missouri Botanical Garden.

16 *Atropa belladonna*. «Sus alcaloides (hiosciamina, atropina, escopolamina), derivados del tropano. En dosis tóxicas provoca cuadros de delirio y alucinaciones». Descripción en www.tropicos.org por el Missouri Botanical Garden.

17 *Mandragora caulescens*. Descripción en www.tropicos.org por el Missouri Botanical Garden.

18 MORALES VALVERDE, R., «Plantas mágicas y brujería», en *Quercus*, 1995, pp. 7-8.

esencialmente de carácter penal. Estos nuevos mecanismos de control significaron un avance y un impacto brutal en una sociedad que, hasta 1900, y con escasas excepciones, tenía disponible casi todo tipo de sustancias en farmacias y droguerías. Será en EEUU donde por primera vez se inicien una serie de gestiones encaminadas a atajar el problema de las drogas¹⁹.

Se destacan dos factores como los causantes de este cambio ético, jurídico y social. El primero se deriva de la reacción puritana estadounidense frente a la inmigración y el desarrollo de las grandes urbes. Pronto se atribuirá el consumo y tráfico de las sustancias a grupos marcados ya sea por clase social, confesión, religión y raza. El segundo factor, quizá el más determinante, fue la expansión de la incipiente industria química y farmacéutica que ven en la elaboración de sustancias un beneficio seguro. Estos dos factores harán mella en el resto del orbe, y prueba de ello será la inclusión de éstos en el origen de los Tratados Internacionales para la represión del tráfico de drogas.

Profundizando en la regulación del delito de tráfico de drogas, y centrándome principalmente en España, es conveniente partir del primero de los Códigos penales en los que aparece, el de 1928. El Código de 1928 contenía 858 artículos y su estructura era idéntica a la del anterior con tres libros: el libro primero, que afectaba a la Parte general; el segundo, dedicado a tratar de los delitos y sus penas; y el tercero, que versaba sobre las faltas y su penalidad. En dicho Código aparece ya, en el Título VIII del Libro II, la rúbrica «Delitos contra la salud pública».

Desde un primer momento, el legislador español concibe los delitos relativos al uso, consumo y tráfico de drogas como delitos contra la salud pública. Sin embargo, es necesario advertir que en este Código no se encontraba regulado el delito de tráfico de drogas tal y como lo conocemos. El Capítulo III de este Título VIII del Libro II del Código Penal de 1928 llevaba por nombre «Adulteración de artículos alimenticios y farmacéuticos», y el Capítulo IV «Elaboración y comercio ilegal de productos químicos y drogas tóxicas». El articulado de estos capítulos castigaba la adulteración de artículos alimenticios y farmacéuticos con la sanción del cierre del establecimiento mercantil que los realizara si éste fuera reincidente.

A continuación, analizaré los artículos más importantes respecto al tráfico de drogas que aparecían en el Código Penal de 1928:

«Art. 555. Los farmacéuticos, drogueros o herbolarios que, sin mediar malicia, despachen medicamentos deteriorados o de mala calidad, o sustituyan unos por otros, o los despachen sin cumplir con las formalidades prescritas en las leyes o reglamentos, serán castigados con la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Las disposiciones del párrafo anterior serán aplicables a las demás personas que se dediquen al comercio de drogas o

19 EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de tráfico de drogas», en *Revista de Derecho UNED*, nº. 10, 2012, p. 93.

productos químicos, y a los dependientes de los farmacéuticos, drogueros o herbolarios, cuando sean los culpables, sin perjuicio de la responsabilidad civil de sus principales. Si por efecto del despacho del medicamento hubiere resultado la muerte de una persona se impondrá al culpable la pena de prisión de seis meses a seis años y multa de 1.000 a 15.000 pesetas».

«Art. 556. La segunda reincidencia en los delitos comprendidos en este Capítulo podrá ser castigada además con el cierre del establecimiento mercantil, taller o fábrica en que el delito se cometiere».

«Art. 557. El que sin hallarse competentemente autorizado, elaborar substancias nocivas a la salud, o productos químicos que puedan causar grandes estragos, para expenderlos, o los despachare, vendiere o comerciare con ellos, será castigado con las penas de seis meses a un año de reclusión y multa de 1.000 a 10.000 pesetas».

«Art. 558. El que hallándose autorizado para el tráfico de substancias que puedan ser nocivas a la salud, o productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare o suministrarle sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, será castigado con las penas de dos meses y un día a un año de reclusión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Cuando el tráfico ilícito sea de drogas tóxicas o estupefacientes, la pena será de seis meses a tres años de reclusión y multa de 2.000 a 20.000 pesetas».

Como vemos, el Código Penal de 1928 ya preveía un agravación de la pena, prevista en su art. 558, si el tráfico ilícito fuera de drogas tóxicas o estupefacientes. El sujeto activo del art. 558 era el que se hallaba autorizado para el tráfico de sustancias nocivas a la salud o productos químicos del art. 557, donde se sancionaba su conducta cuando el despacho o suministro se hiciera sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos. Es notable la diferencia entre este art. 558 y lo expuesto por el art. 555 del Código Penal de 1928. La diferencia radica en que en el art. 555, la venta o despacho de medicamentos deteriorados o sustituidos, o expendidos con infracción de reglamentos, era cometida por el profesional sanitario y sus dependientes, o sin ser profesional, en caso de que los demás que se dedicaran al comercio de drogas o productos químicos, pero siempre que estos comportamientos derivaran de la imprudencia²⁰. En contraposición, el art. 558 se refería a estos mismos sujetos, recayendo la acción típicamente dolosa sobre sustancias nocivas a la salud o productos químicos, o su expendición con infracción de los reglamentos; en estos supuestos el castigo recibido era distinto, pues en el tipo imprudente se preveía la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas y en el tipo doloso, pena de dos meses a un año de reclusión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, agravándose

20 MOLINA MANSILLA, M^a.C., «Evolución de la normativa española en el delito de tráfico de drogas: en el período 1900-1971», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º. 0, 2007-2008, p. 224.

en caso de que el objeto de tráfico ilícito versara sobre drogas tóxicas o estupefacientes.

Además, el tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, aludido en el segundo párrafo del art. 558, era el practicado en sentido contrario a lo dispuesto en el Real Decreto-ley de 30 de abril de 1928, «de las bases encaminadas a restringir las necesidades exclusivamente terapéuticas y debidamente justificadas, del empleo de estupefacientes, encomendando el servicio a una Junta social administrativa, dependiente de la Dirección general del Instituto Técnico de Comprobación, con personalidad jurídica autónoma y capacidad especial para las funciones que se le confían, y auxiliada de una Inspección técnica, cuya constitución y facultades se determinan. Crea, además, la Receta oficial, para el despacho de los estupefacientes, establece la cooperación internacional contra la toxicomanía y castiga con amplias sanciones las infracciones de los preceptos de este D.- ley».

De otra parte, observamos cómo en los preceptos recogidos por el Código Penal de 1928 se remitía frecuentemente a normas extrapenales, como las normas administrativas contenidas en las Ordenanzas de Farmacia²¹. Esto se infiere de la STS de 31 de enero de 1929, que declaraba: «Las Ordenanzas de Farmacia y la Instrucción de Sanidad vigentes autorizan a despachar sin receta a personas notoriamente conocidas de los encargados de hacerlo, aquellos medicamentos que, aun siendo tóxicos, tengan uso doméstico y frecuentemente como elemento de higiene o desinfección según sucede con los comprimidos sublimados».

Se castigaba principalmente a las personas dedicadas al comercio de drogas o productos químicos y a los dependientes de farmacéuticos, herbolarios o drogueros si fuesen responsables. Numerosas sentencias respaldan la inclusión de estos profesionales, no solo farmacéuticos, en el tipo del delito; como son, por ejemplo, las SsTS de 25 de enero de 1929, de 11 de febrero de 1927 y de 9 de agosto de 1927²². Se distinguen dos colectivos: el primero, que engloba a quienes no se encuentran legalmente autorizados para el despacho de sustancias nocivas a la salud, y un segundo, al que pertenecen el conjunto de personas autorizadas por disposición legal para el fin anterior, pero que realizan este suministro de forma incorrecta (medicamentos dañados o adulterados). Esta división de los grupos que aparece en el Código Penal de 1928 será importantísima, como boceto inicial, para la elaboración de las figuras de los tipos agravados del delito de tráfico de drogas que recoge nuestro actual Código Penal²³.

Es importante señalar que la perspectiva inicial del Código Penal de 1928 no es otra que la necesidad de impedir el libre tráfico de estupefacientes sin la oportuna prescripción médica,

21 MOLINA MANSILLA, M^a.C., «Evolución de...», *cit.*, p. 218.

22 MOLINA MANSILLA, M^a.C., «Evolución de...», *cit.*, p. 218.

23 Distinción en el art. 369 del Código Penal de 1995 de distintos colectivos. Art. 369.1 recoge a autoridades, funcionarios públicos, facultativos, trabajadores sociales, docentes o educadores cuando obraran en el ejercicio de su profesión o cargo. El art. 369 bis también hace mención a los que realizasen el tipo básico (art. 368) perteneciendo a una organización delictiva.

cumpliendo así con las obligaciones recogidas en los Tratados Internacionales y, en definitiva, permitir que el Estado utilizase la legalidad para combatir con éxito el mal social que produce la droga.

El paso del tiempo, y el cambio del panorama político español que supuso la instauración de la segunda República, desencadenó la anulación, que no derogación, del Código Penal de 1928 a través del Decreto de 15 de abril de 1931 (art. 1). De esta forma se restituyó el Código de 1870.

No obstante, mediante el Decreto de 6 de mayo de 1931 se disolvió la Comisión general de codificación, que había sido la encargada de elaborar el Código de 1928, en favor de la creación de la llamada Comisión jurídica asesora. De esta Comisión jurídica asesora debemos destacar la Subcomisión penal, presidida por don Luis Jiménez de Asúa.

Debido a la celeridad que imperaba en el principio de los años 30, donde se intentaba acabar con el sentimiento monárquico que pudiese amenazar al Estado republicano, se encomendó a la Comisión la elaboración de reformas del Código Penal. Una vez que se reformaran los aspectos más relevantes, se comenzaría a elaborar un nuevo Código penal que se adaptase al espíritu de la Constitución Española de 1931²⁴. Este Código no llegó a producirse debido a los acontecimientos políticos. Así pues, el Código Penal reformado, llamado Código Penal de 1932²⁵ fue el que estableció el Derecho penal de este período.

El Código Penal de 1932 también recogía en el Capítulo II del Título VI del Libro II el conjunto de delitos que se englobaban en la categoría: «De los delitos contra la salud pública». En esencia, este Código recogía los mismos preceptos que el Código de 1928 en lo relativo al tráfico ilegal de sustancias. Sin embargo, el art. 347 del Código del 32 que era en esencia el art. 558 del Código del 28, eliminaba la agravación que hacía su Código predecesor para el caso de que el tráfico ilegal fuera de drogas tóxicas o estupefacientes: «Art. 347. El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud, o productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare o suministrarle sin cumplir con las formalidades prescritas en los Reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 pesetas». Se elimina la distinción de la sustancia; es decir, se castiga el tráfico de cualquier sustancia de la cual se considere ilícito su tráfico si no se consideraban las prescripciones legales contenidas en el resto de normas (penales o extrapenales)²⁶. El fin o la utilización de la sustancia parecen quedar en segundo plano para el Código Penal de 1932.

Avanzando un poco más en nuestra Historia, y tras la institución del Régimen político de

24 JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Código Penal reformado de 27 de octubre de 1.932 y disposiciones penales de la República*, Reus, Madrid, 1934, p. 62.

25 El Código Penal de 1932 entró en vigor el 1 de diciembre de 1932. Tenía 600 artículos y su estructura era idéntica al Código Penal de 1870.

26 MOLINA MANSILLA, M^a.C., «Evolución de...», *cit.*, p. 229.

Franco al acabar la Guerra civil española en el año 1939, nos encontramos con que el Código Penal de 1932 perduró a pesar del cambio político, aunque con las modificaciones pertinentes, a través de leyes especiales, para alejarlo de la Constitución Española de 1931 y acercarlo a la ideología del nuevo Gobierno. Además, se aprobó mediante Decreto de 25 de marzo de 1938 la disolución de la Comisión jurídica asesora y se restableció la Comisión General de la Codificación²⁷. No sería hasta 1944, mediante el Decreto de 23 de diciembre por el que se aprobaba y promulgaba el nuevo Código, cuando los intentos por parte del Régimen de realizar un nuevo texto llegaran a buen puerto. El 3 de febrero de 1945 entró en vigor el «Código Penal reformado texto refundido 1944». Este Código, al igual que su predecesor, era transitorio en su origen; ya que el Gobierno aspiraba a reformarlo totalmente.

El Código de 1944, que contenía 604 artículos, tenía una estructura idéntica a la de los Códigos penales de 1870 y 1932. Sin embargo, en su libro segundo, que afecta plenamente al objeto de nuestro estudio, se produjeron cambios significativos relativos al delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Estos cambios se centraron en la agravación penal de algunos tipos, recogidos a continuación, pero concretamente el del art. 344. A continuación se exponen los artículos 341, 342, 343, 344 y 348 del Capítulo II del Título VI del Libro II del Código penal.

«Art. 341. El que sin hallarse autorizado, elaborase sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos, para expenderlos, o los despachare o vendiere, o comerciare con ellos, será castigado con las penas de prisión menor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas».

«Art. 342. El que, hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas a la salud, o productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare o suministrarle sin cumplir con las formalidades prescritas en los Reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas».

«Art. 343. Los que despacharen medicamentos deteriorados o sustituyeren unos por otros, o los expendieren sin cumplir con las formalidades prescritas en las Leyes y Reglamentos, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Las penas de este artículo y del anterior se aplicarán en su grado máximo a los farmacéuticos y a sus dependientes cuando fueren los culpables».

«Art. 344. En los casos de los tres artículos anteriores, cuando se trate de drogas tóxicas o de estupefacientes, se impondrán al culpable las penas inmediatamente superiores a las señaladas en los mismos».

«Art. 348. Siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en este

27 MOLINA MANSILLA, M^a.C., «Evolución de...», *cit.*, p. 235.

Capítulo resultare muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor, además de las pecuniarias establecidas en los respectivos casos».

Como cabe apreciar, la redacción de la mayoría de los artículos que afectan a la regulación del tráfico de drogas era idéntica a la de los Códigos anteriores. Sin embargo, es destacable la no alusión de la forma imprudente. Es posible que el legislador no pretendiese una representación fiel del resultado, ni la voluntad de causar ese resultado, sino, la voluntad en la ejecución de los actos que conlleven al mismo²⁸.

Además, el Código Penal de 1944, contemplaba los delitos de tráfico de drogas como delitos de mera actividad, es decir, sin ser imprescindible la causación de un daño, siendo suficiente el mero peligro que se deriva de la acción típica y de la propia nocividad inherente a las sustancias. De esta forma, el Código no dejaba posibilidad alguna a las formas de tentativa o frustración del delito²⁹.

No será hasta casi 20 años después cuando, en virtud del acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de mayo de 1961, se enviara a las Cortes un proyecto de revisión parcial para el Código Penal de 1944 y otras leyes penales. La Ley de Bases es de 23 de diciembre de 1961 y sus modificaciones afectaban de forma extensa a la parte especial. Pero, a pesar de las numerosas revisiones que tuvo el Código de 1944, podemos afirmar que no fue un éxito. Entre el Código penal de 1944 y la revisión de 1963 surge una mínima modificación en lo referente al delito de tráfico de drogas, ya que, aunque la cuantía en las penas de multa se eleva, y el antiguo art. 343 se desdobra en dos; la conducta del primero se refiere únicamente sobre el despacho de medicamentos deteriorados o su sustitución por otro, mientras que el art. 343 bis, se limitaba a la expedición sin cumplir las formalidades previstas reglamentariamente. Además, como tradicional e históricamente se había pensado, el bien jurídico protegido en estos delitos continuaba siendo la salud pública que, debía recaer en la de los sujetos pasivos indeterminados; constituyendo así, el peligro abstracto que suponía el tráfico y consumo de los productos medicamentosos o alimenticios; pero la diferencia radicaba sobre la estructura del tipo penal, donde innovaba que no estaban técnicamente contruidos como delitos de peligro porque no se requería que éste se hubiera producido para imponer las penas que se señalan. Eran, por lo tanto, delitos de resultado, aunque éste no atentara, ciertamente, contra la vida o la salud corporal de una persona concreta y determinada; acudiendo al art. 348, delito cualificado por el resultado, en el caso de que el sujeto pasivo muriera a consecuencia de tales conductas delictivas, aunque para ello debía de concurrir la más perfecta relación entre comportamiento y resultado. De ahí que, la acción básica en los delitos cualificados por el resultado

28 FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Universidad de Murcia, Murcia, 1946, pp. 23-26.

29 FERRER SAMA, A., *Comentarios al...*, cit., pp. 23-26; DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J., *Tratado de Derecho Penal español*, vol. 1, Darro, Madrid, 1978, p.532.

encierre un atisbo de peligro respecto del resultado lesivo.

Además, destacar que se incorpora como delito la imitación de sustancias medicinales por la revisión de 1963³⁰. Esta figura consistía en el fingimiento de los envoltorios, envases y etiquetas, aunque se precisaba de un *animus* intencional, consistente en expenderlas o utilizarlas de cualquier manera, siendo la obtención de lucro lo que normalmente conduce al sujeto a delinquir. Si el medicamento se llegara a vender, entonces el hecho sería considerado como estafa.

Por último, el Anteproyecto de Código Penal de 11 de noviembre de 1969 introdujo diversas novedades en relación con el delito de tráfico de drogas que supusieron el endurecimiento del castigo del tráfico de estupefacientes. La conversión del Anteproyecto en Proyecto fue remitido a las Cortes, no sin sufrir algunas variaciones, por acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1971.

Todas estas reformas culminarán en la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, mediante la cual se actualiza la parte general en materias como el error o el delito continuado; y también modifica la parte especial, aunque en menor grado.

Posteriormente, en 1988, se produjo la modificación de los delitos relativos al tráfico de drogas. La Ley Orgánica 3/1989 de actualización del Código Penal supuso una reforma del Libro III acorde con el principio de intervención mínima, modificándose además el delito de lesiones, los delitos contra la libertad sexual, etc. Sin embargo, es conocida la mención de «parcheo» por parte de la doctrina respecto a la reforma de 1989. No obstante, y tras la dilatación temporal que supuso esta reforma del 89, el llamado Código Penal de la Democracia, adecuado al Estado social y democrático de Derecho que contempla la Constitución Española de 1978, se hizo realidad tras la publicación en el BOE³¹ de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigencia desde el 24 de mayo de 1996.

En conclusión, es preciso señalar que la redacción del articulado del delito de tráfico de drogas corresponde a la reforma del Código Penal más importante desde el año 1995: la realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³². Esta reforma supuso, para el delito de tráfico de drogas, «algunos reajustes en materia de penas, de conformidad con las normas internacionales, en concreto la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. De acuerdo con los criterios punitivos marcados por dicha norma armonizadora, se refuerza el principio de proporcionalidad de la pena reconfigurando la relación

30 Antes de la revisión de 1963, la imitación de sustancias medicinales era una conducta atípica.

31 BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.

32 BOE núm. 152 de 23 de junio de 2010.

entre el tipo básico y los tipos agravados de delito de tráfico de drogas. Las numerosas agravaciones específicas que contiene el Código Penal en esta materia –también de acuerdo con la pauta europea– siguen asegurando dentro de la nueva escala punitiva una respuesta efectiva frente a aquellas conductas que realmente exigen una reacción especialmente firme. Así mismo, se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes»³³.

3. LOS TIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 369 DEL CÓDIGO PENAL

Una vez expuestos el bien jurídico protegido y el contexto actual del delito de tráfico de drogas, quiero centrar mi atención en el análisis de los tipos agravados del delito de tráfico de drogas. Este análisis no puede entenderse, sin embargo, sin unas pequeñas nociones de la conducta típica que recoge el art. 368 CP, es decir, el tipo básico del delito de tráfico de drogas.

El tipo básico del delito de tráfico de drogas se centra en las actividades de promoción, favorecimiento o facilitación a tercero del consumo ilegal de drogas. De este modo, podemos desdoblar en dos grupos diferenciados las actividades que atañen al comercio o tráfico; y las que se vinculan a los comportamientos facilitadores del consumo, es decir, los actos que se relacionan con el tráfico de una forma indirecta. Estos actos serían el transporte, la donación, la designación de lugares o las personas que están involucradas³⁴.

El art. 368 CP también hace distinción a la hora de establecer la penalidad respectiva entre las sustancias que causan un grave daño a la salud y las que no causan ese grave daño. El Código Penal no establece un listado o una categoría clasificadora del grado de daño que provoca cada sustancia. Así pues, será la jurisprudencia, muy extensa en este ámbito, la que determina de forma consolidada qué sustancias causan grave daño o no. Por ejemplo, sustancias como la heroína, la cocaína o el LSD formarían parte del grupo de sustancias que causan grave daño a la salud. En el grupo de las que no causan este daño distinguimos el hachís o las semillas del cannabis.

La jurisprudencia entiende, además, que deben comprenderse en el art. 368 CP todos los actos del ciclo económico de la droga. De este modo, quedarán englobados tanto los actos de producción, como son el cultivo o la fabricación; como los actos principales de tráfico, entre los que

33 Preámbulo XXIV del BOE núm. 152 de 23 de junio de 2010.

34 EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de...», *cit.*, p. 96.

se incluyen dentro de ellos, la transmisión gratuita u onerosa, así como los de intermediación en el tráfico; y, los actos auxiliares de tráfico, que son la posesión o tenencia y el transporte siempre que estén preordenados a promover, favorecer o facilitar el consumo. Además, deben incluirse los actos de fomento y la propaganda y formulación de ofertas.

En lo que respecta al elemento objetivo y subjetivo del delito contemplado en el art. 368 CP, debemos señalar, como requisito para que se dé el tipo objetivo, la realización de algún acto de producción, venta, permuta o cualquier forma de tráfico. También se incluirá el transporte, tenencia con destino al tráfico o acto de fomento, propaganda o formulación de ofertas, de las sustancias ilícitas. El tráfico de drogas es un delito claramente doloso, y por lo tanto, el dolo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo. Además del dolo, es preciso que el sujeto realice la acción típica con la finalidad de que llegue al alcance de terceras personas con el fin de su consumo ilegal, dándose así, un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo³⁵.

Analizados brevemente los aspectos más generales del art. 368 CP, quiero centrar mi atención en los tipos agravados. Los tipos agravados quedan recogidos en los arts. 369, 369 bis y 370 del Código Penal. En este capítulo, que podríamos considerar como principal en lo que respecta a los tipos agravados del delito de tráfico de drogas, voy a centrar mi atención en el art. 369 del Código Penal.

En primer lugar, mencionar que la concurrencia de alguno de los supuestos recogidos en el art. 369 del CP conlleva la imposición de penas más elevadas. En concreto, destacando la pena de prisión, las penas serán superiores en un grado a las recogidas en el tipo básico del art. 368 CP. Con respecto a la pena patrimonial, la multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga que sea objeto del delito. Las circunstancias que llevan aparejadas estas penas se detallan a continuación.

3.1 Cuando el culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio

En este supuesto, el primero de los tipos agravados que encontramos en el art. 369 CP, observamos que la condición del infractor es relevante. Es decir, debe tratarse de una autoridad, facultativo³⁶, funcionario público³⁷, trabajador social, docente o educador. Sin embargo, la

35 VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tráfico de Drogas», *cit.*, p. 321.

36 El art. 372 CP, en su segundo párrafo se pronuncia sobre quiénes son facultativos: «[...] se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes».

37 Los conceptos de autoridad y funcionario público son recogidos en el art. 24 del CP. Art. 24.1 CP: «A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del

agravación no se aplica por el mero hecho de que el culpable sea autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador; sino que es necesario que, en el ejercicio de su cargo o de su profesión u oficio, haya favorecido la comisión del delito, es decir, que el sujeto se valga de su posición y del ejercicio de la misma para facilitar la ejecución del tráfico de drogas. La STS de 27 de abril de 2010³⁸ se pronuncia en este sentido. Sin embargo, antes de la redacción actual, esta exigencia de tener una de las posiciones contempladas por el art. 369.1 y utilizar esta para los fines descritos anteriormente era notablemente distinta. Antes de la LO 15/2003³⁹, lo único que se exigía, además de que el culpable fuera autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, era que se actuara con abuso de su cargo, profesión u oficio. En este sentido se recupera la redacción originaria contenida en el Código Penal de 1973⁴⁰.

Quizás el rasgo más peculiar de la redacción de este artículo sea la inclusión, por parte del legislador, de una enumeración cerrada en la que no caben otros sujetos activos que los recogidos en el mismo.

3.2 Cuando el culpable participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito

En relación con esta circunstancia, lo primero que debemos advertir es el desatino por parte del legislador en cuanto a la redacción del precepto. La doctrina ha llegado a calificar de lamentable o absurda esta redacción, ya que el legislador habla únicamente a actividades organizadas. Debemos entender por lo tanto, que el legislador realmente se refiere a las actividades delictivas organizadas⁴¹. Así pues, este tipo agravado debe aplicarse cuando el culpable participa en otras actividades delictivas organizadas además del tráfico de drogas. Por ejemplo, el tráfico de armas, la inmigración ilegal, etc. serían algunas de estas actividades delictivas organizadas. Además, de acuerdo con la Circular 2/2005 de la FGE⁴², también se incluyen en este precepto los casos en que el tráfico de drogas facilita la ejecución de otras actividades ilícitas.

A efectos de la apreciación de esta cualificación, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo,

Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal». Art. 24.2 CP: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

38 RJ 2010\5559. Aranzadi.

39 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 283 de 26 de Noviembre de 2003.

40 ECHARRI CASI, F.J., «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico», en *Plan Nacional de Drogas*, La Ley, Madrid, 2005, pp.70-71; EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de...», *cit.*, p. 98.

41 VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tráfico de Drogas», *cit.*, p. 324.

42 Sitio web del PNSD. <http://www.pnsd.msc.es/>.

para que pueda hablarse de organización delictiva en el sentido utilizado por la redacción del art. 369.2 CP, una mínima estabilidad o permanencia⁴³. Además, se exige la existencia de una distribución de roles o cometidos entre los miembros de la organización y que ésta posea una estructura jerarquizada. Por lo demás, en lo que respecta al término organización, interpretado por la jurisprudencia en un sentido amplio, decir, que englobaría todos los supuestos por los que dos o más personas conciben un proyecto tendente al desarrollo del plan delictivo, sin que sea necesaria una ordenación estructural especialmente elaborada. En conclusión, la posición que se adopta respecto al término organización es la necesidad de que exista la misma, que tengan la voluntad de llevar a termino el plan delictivo, que sus miembros tengan una mínima estabilidad o permanencia dentro de ésta y que exista una estructura jerarquizada aunque su ordenación no esté especialmente elaborada⁴⁴.

Es de vital importancia, como indica la STS 278/2006 de 10 de marzo⁴⁵, no confundir la organización delictiva con la simple codeincuencia. Para la aplicación de este agravante no bastará el acuerdo ocasional. Si interpretásemos de un modo más amplio y en la línea de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, podríamos concluir que el tipo del art. 369.2 CP incluiría los supuestos en que dos o más personas elaboran en común un plan delictivo, que no se basa en el simple acuerdo de voluntad o *pactum scaeleris*, siguiendo un programa y disponiendo de los medios eficientes para llevarlo a cabo. La tipicidad se afirmaría incluso en los supuestos de acuerdos transitorios.

Los elementos que componen esta circunstancia de tipo agravado serán: la existencia de una pluralidad de personas; la coordinación de las mismas; la existencia de una estabilidad o permanencia en sus actividades, aunque como se ha advertido anteriormente es posible admitir la transitoriedad; la utilización de medios idóneos para llevar a termino el fin propuesto; y la existencia de una jerarquización y reparto de roles, aunque no sea de una forma elaborada⁴⁶.

La existencia de un requisito temporal en lo relativo a la pertenencia a organización se aprecia en dos casos diferenciados. En primer lugar, se apreciaría cuando se haya acreditado la repetición de hechos con la misma estructura asociativa u organizativa. Por otro lado, en segundo lugar, se apreciaría en el supuesto de acreditación de un único hecho delictivo pero que, por sus características, podamos entender una vocación de continuidad, es decir, que los autores participantes en el acto delictivo tienen intención de repetir la conducta.

Por último, destacar que esta agravante se fundamenta principalmente en la pertenencia a una organización o asociación delictiva, con lo que quedarían al margen, tal y como se incide en la

43 EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de...», *cit.*, p. 98.

44 TORIO LÓPEZ, M.A., «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en Cuadernos de Derecho Judicial, nº XXIII/1995, Madrid, 1995, p. 326.

45 RJ 2006/5415. Aranzadi.

46 EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de...», *cit.*, p. 99.

STS 1/2006 de 9 de enero⁴⁷, los casos de colaboradores no integrados en la estructura de las mismas⁴⁸.

3.3 Cuando los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos

El fundamento principal de la agravación reside, tal y como se indica en el fundamento de derecho segundo de la STS 941/2011 de 14 de septiembre⁴⁹, en «el incremento del peligro para el bien jurídico, puesto que pone al alcance del consumidor una mayor facilidad de acceso a la droga y permite al vendedor aprovecharse de las condiciones del establecimiento abierto al público, en cuanto responsable o empleado del mismo, y de la presencia indiscriminada de clientes en aquél para proceder a la ejecución de los actos de tráfico». Vemos cómo la mayor dañosidad de esta conducta por lo que supone el desvío de la utilización del establecimiento, que se encuentra amparado en un marco de aparente legalidad, y la facilidad para una mayor difusión de la droga, parecen suficientes para justificar la agravación. Esta circunstancia agravada delimita tanto el lugar de la realización del delito, es decir, establecimientos abiertos al público; como el sujeto activo de la conducta, que es el responsable o empleado del establecimiento abierto al público.

En relación al establecimiento abierto al público, la mencionada STS 941/2011 de 14 de septiembre aclara que será establecimiento abierto al público aquel que permita la entrada a un número indeterminado de personas. Por lo tanto, no estaremos sólo frente a lugares más propensos al tráfico de drogas como serían lugares dedicados al ocio como bares, discotecas, etc, sino que también se incluyen pequeños comercios o tiendas que no tengan una vinculación tan favorable hacia el tráfico de sustancias. Quedarán excluidos, respecto de la clasificación anterior, aquellos establecimientos que no permiten la entrada al público con carácter general, sino sólo a socios o invitados concretos⁵⁰. Se rechazará la aplicación de este tipo agravado en los casos en los que el delito se comete cuando el establecimiento está cerrado, y también en los casos en que, aún estando el establecimiento abierto al público, la conducta típica se realiza en zonas del local a las que no tiene acceso el público en general, como serían la cocina o el almacén. La duda se plantea en los supuestos de las comúnmente conocidas como zonas VIP de discotecas, bares o festivales. En este supuesto, nos encontramos con un establecimiento con acceso al mismo por parte de un público indeterminado pero en el que el acceso a una de sus zonas queda reservado a invitación. En primer

47 RJ 2006\3330. Aranzadi.

48 EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de...», *cit.*, p. 100.

49 RJ 2011\6458. Aranzadi.

50 VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tráfico de Drogas», *cit.*, p. 325.

lugar, se descarta la agravante en el caso de que dentro de la zona VIP se lleve a cabo un delito de tráfico de drogas si no es el responsable o los empleados los que lleven a cabo la acción. Por otro lado, si el acceso a la zona VIP requiere invitación especial para su acceso, no se dará esta situación agravante. Sin embargo, si el acceso a la zona VIP fuera, por ejemplo, mediante el pago de una cantidad superior en la entrada respecto a una entrada básica, creemos que sí se da el requisito que entendemos para establecimiento abierto al público.

Como ya se ha indicado, el sujeto activo de este tipo agravado es el responsable o empleado del establecimiento abierto al público, por lo que no es posible aplicarlo a terceros ajenos al local, por ejemplo, los clientes. Además, siguiendo la línea jurisprudencial de sentencias como la STS 616/2011 de 27 de mayo⁵¹, vemos que no se aplica esta agravación cuando la droga se deposita en el local con fines de traficar con ella fuera de él; o como establece la STS 175/2011 de 17 de marzo⁵², tampoco se aplicará en el supuesto de un acto aislado de tráfico de poca entidad, como sería una única venta.⁵³

Por último destacar que, pese a ser claro que autores son sólo el responsable o empleados del establecimiento, sí podemos apreciar la situación de cómplice⁵⁴ a quien envía a otro a comprar droga al local, facilitándole la dirección de aquél y la persona empleada en el mismo por la que debía preguntar para adquirirla.

3.4 Cuando las sustancias a las que se refiere el artículo 368 del Código Penal se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación

La agravación de esta conducta tiene su fundamento en la especial vulnerabilidad que presentan los sujetos a quienes se proporciona la droga debido a su nula o escasa capacidad de autodeterminación en relación con el consumo de estas sustancias⁵⁵.

La conducta castigada en este precepto no es otra que la de facilitar droga a este conjuntos de personas, es decir, la entrega material de la sustancia para su consumo. Quedarán excluidos de este tipo las conductas similares al préstamo de dinero a menores de 18 años, disminuidos psíquicos o personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación, para la compra de droga; o también, las conductas de mera inducción a su consumo sin la entrega de la sustancia.

Respecto a la condición de menor de 18 años no es necesario apreciación ninguna, sin

51 RJ 2011\4407. Aranzadi.

52 RJ 2011\2794. Aranzadi.

53 VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tráfico de Drogas», *cit.*, p. 325.

54 EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de...», *cit.*, p. 101.

55 VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tráfico de Drogas», *cit.*, p. 325.

embargo, sí es necesario matizar qué entiende el legislador por disminuido psíquico y por persona sometida a tratamiento de deshabituación o rehabilitación. Será disminuido psíquico aquel que sufre una anomalía o alteración psíquica que anula o disminuye seriamente su capacidad para comprender el hecho del consumo de drogas y sus consecuencias. Por otro lado, se considerará persona sometida a tratamiento de deshabituación o rehabilitación, a la que siga de forma continuada y constante una terapia tendente a la deshabituación o rehabilitación. Respecto a este último colectivo, se hace necesario advertir que es preciso que el sujeto reciba la sustancia mientras dura el tratamiento, es decir, mientras realiza un seguimiento de las pautas ordenadas para obtener la deshabituación o rehabilitación; y que además, sea llevado a cabo por un centro o servicio, público o privado, que esté debidamente acreditado u homologado.

El desconocimiento por parte del sujeto activo de que la droga se está facilitando a uno de estos sujetos, impedirá la aplicación de este tipo agravado por aplicación del art. 14.2 CP, que establece que «el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación». Sin embargo, en cuanto al suministro de las sustancias a menores de 18 años, en primer lugar, la jurisprudencia ha advertido que no es preciso un conocimiento exacto de la edad del destinatario de las mismas por parte del autor, es suficiente una conciencia aproximada, debiendo incriminarse la conducta a título de dolo eventual si el agente alberga dudas en relación de la verdadera edad de quién va a recibir las sustancias y, aun así, decide suministrárselas. Cabe, por lo tanto, el dolo eventual⁵⁶ si no se despejan las dudas sobre la edad. En este sentido, la STS 400/2006 de 10 de abril⁵⁷ incide en que quien vende droga a clientes indiscriminadamente, tiene el deber de cerciorarse de que se trata de personas mayores de edad y si incumple este deber y por ello llega a vender a un menor de edad, está al menos aceptando este resultado para el caso de que llegara a producirse.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación, podemos advertir que tal cualificación podría ser innecesaria si se estima en su caso concreto un posible delito contra la salud individual, un delito de lesiones⁵⁸ del art. 147 CP, del sujeto sometido a tratamiento, y cuyo estado se agrava como consecuencia de una nueva ingestión de droga. Sin embargo, y en consonancia con gran parte de la doctrina y con lo expuesto anteriormente, el fundamento de la agravación es claro, ya que si entendemos la difusión de drogas como un problema relativo a la salud pública, aunque no conste en concreto quién pueda ser afectado por este tráfico, en el caso de la persona que tiene el valor y la fuerza para asumir su drogadicción y pone medios personales para desarrollar los tratamientos prescritos para lograr

56 EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de...», *cit.*, p. 101.

57 RJ 2006/5104. Aranzadi.

58 EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de...», *cit.*, p. 102.

deshabituar, vemos como el hecho no afecta sólo a intereses abstractos y colectivos, sino que perjudica a ese individuo que ve mermada su posibilidad de recuperación total.

3.5 Cuando fuere de notoria importancia la cantidad de las sustancias objeto de las conductas a las que se refiere el artículo 368 del Código Penal

Este precepto suscitó, ya desde su redacción, muchas críticas por parte de varios sectores de la doctrina. El principal problema que plantea esta agravante es el término de «notoria importancia».

Es obvio que se hace necesario una interpretación judicial en función del bien jurídico protegido. La problemática, que surge del propio tipo legal, radica en que el precepto no ofrece las pautas necesarias y suficientes para garantizar la labor judicial, y por lo tanto, impera la necesidad de suplir lo que en materia penal es tarea estricta del legislador. Si atendemos a criterios como la seguridad jurídica y el principio de legalidad, nos encontramos frente a un elemento típico rechazable⁵⁹; sin embargo, el TC no ha considerado cuestionable el mismo desde la óptica de la constitucionalidad.

Queda de manifiesto el descontento respecto a la redacción de este artículo, pero creo que el fundamento de la agravación es totalmente acertado y necesario ya que se justifica por el mayor riesgo que corre la salud colectiva frente a una cantidad de sustancias de notable consideración.

El concepto de «notoria importancia», es sin lugar a dudas de carácter valorativo, y por ello el Tribunal Supremo determina unos criterios generales, que puedan adaptarse perfectamente a las circunstancias concurrentes, habiendo llegado a una posición muy generalizada teniendo en cuenta características como la nocividad de la droga, la cantidad de sustancia consumible en cada dosis y la pureza o calidad de la misma. Se trata de un criterio que sirve en primer término para delimitar hipótesis de tenencia, consumo o tráfico, y en segundo lugar para definir una agravación.

Estos criterios generales son fruto del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 19 de octubre de 2001, donde se establece que «la cantidad de notoria importancia se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001», cantidad que ha de medirse teniendo «exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es, reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados». Además, el propio Acuerdo ofrece un cuadro de numerosas sustancias junto a las que se expresa, entre otras cosas, qué cantidad deber ser considerada de notoria importancia. Por ejemplo, se considera cantidad de notoria importancia 300

59 EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de...», *cit.*, p. 102.

gramos de heroína, o 750 gramos de cocaína, o 2 kilos y medio de hachís, 10 kilos de marihuana o 240 gramos de éxtasis. No obstante, es preciso matizar en relación con las sustancias. Así pues, las cantidades para los derivados del *cannabis*, como son la marihuana, el hachís o el aceite de hachís, se refieren con carácter general al peso bruto de la cantidad incautada. Respecto al conteo de las otras sustancias mencionadas, se atenderá al peso del principio activo contenido en la droga aprehendida.

El Acuerdo de 19 de Octubre de 2001 garantiza la uniformidad en la aplicación del subtipo y es de aplicación retroactiva con independencia de los cálculos que puedan hacerse sobre dosis concretas.

Por último, y más como visión personal, creo justificada la adaptación del concepto normativo a la realidad social y exigencias de legalidad y proporcionalidad, no fijado por el legislador sino precisado por el juzgador, no sin evitar, por supuesto, las interpretaciones extensivas y teniendo siempre como referencia las pautas internacionales. Creo que el concepto de notorio ha de ajustarse al concepto de notoriedad común, es decir, a lo público y sabido por todos.

3.6 Cuando las sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud

El tipo agravado recogido en el punto 6 del art. 369 CP recoge las conductas de adulteración, manipulación o mezcla de las drogas que dan lugar a productos más nocivos que los originales para la salud de los potenciales consumidores. De este modo, las adulteraciones, manipulaciones o mezclas entre drogas que disminuyan o que directamente no aumenten la nocividad del producto final quedan descartados del tipo. No importa el fin con el que se adultere, mezcle o manipule, si no se incrementa la nocividad, está fuera de la agravación. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la mayor nocividad no es siempre un indicador de manipulación; ya que una droga que se presente con un elevado grado de pureza tampoco será objeto de esta agravante al no darse la manipulación, adulteración o mezcla requerida.

La doctrina discute, respecto a esta agravación, la posibilidad de que quede englobado también quien vende la droga con conocimiento de esa alteración además de la persona que realiza la manipulación, alteración o mezcla. Aunque el tenor literal del precepto parece excluir a los vendedores de la sustancia objeto de modificación, algunos autores incluyen a ese colectivo en la agravación. En mi opinión, creo que la manipulación, adulteración o mezcla de la droga se hace siempre con la finalidad de vender la misma. Carece de sentido aumentar la nocividad si el producto no va a desplegar sus efectos. Por lo tanto, creo que debería modificarse el tenor literal del precepto

e incluir a los vendedores y acabar con la duda que divide a la doctrina.

Por otro lado, creo que la escasa aplicación de esta agravante por parte de la jurisprudencia se debe tanto a la dificultad de englobar a vendedores y «cocineros», como a la hora de determinar ese incremento del posible daño a la salud. Debería incluirse, por ejemplo, dentro del concepto de incremento en el daño, la droga que ha sido manipulada, adulterada o mezclada con el fin de ser más adictiva o generar mayor dependencia. El fundamento de esta afirmación reside en que la droga, cuanto mayor y frecuente es su consumo, mayor daño produce para la salud de una persona. Considero que una mayor claridad a la hora de definir los parámetros del precepto ayudaría a concretar más su radio de acción y su alcance. En este sentido, puede ser de utilidad lo expuesto en la STS 2172/2002 de 30 de diciembre⁶⁰, por la cual se entiende que para un incremento del daño a la salud basta con que la sustancia tenga una acción más enérgica y genere mayor dependencia gracias a la mezcla, sin necesidad de que se produzca daño efectivo. La intensidad o gravedad del daño queda al arbitrio judicial, determinándolo en virtud de los catálogos incluidos en los Convenios, las pericias y la jurisprudencia.

3.7 Cuando las conductas descritas en el artículo 368 tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación, o en sus proximidades

Esta agravación hace alusión a un conjunto de lugares de manifiesta diversidad. Estos lugares, al igual que las personas que en ellos concurren, son imposibles de englobar en un solo grupo, lo que hace muy difícil encontrar un fundamento común para este tipo agravado. Es evidente que no tienen la misma naturaleza un centro docente de menores de edad o disminuidos psíquicos que una universidad, o incluso, yendo al extremo, que un establecimiento penitenciario o militar.

Es en los lugares donde impera la necesidad de una disciplina y un orden férreo, como serían los establecimientos penitenciarios, donde parece fundamentarse en mayor grado esta agravación. El riesgo adicional de difusión y perturbación del orden y disciplina es lo que justifica la inclusión de este tipo agravado. Por el contrario, en lugares como centros docentes de menores de edad o disminuidos psíquicos, o incluso, en los centros de deshabituación o rehabilitación, parece ser suficiente la aplicación del punto 4 del artículo analizado, el 369 del CP.

De los comportamientos descritos en este precepto es, desde luego, la introducción o difusión de droga en un centro penitenciario, principalmente por la frecuencia con que se da y por las circunstancias de quienes la cometen, la agravación que más reservas genera a la hora de

60 RJ 2003\557. Aranzadi.

castigar la conducta que recoge con el desmesurado rigor que establece el CP. Quienes mayoritariamente realizan el comportamiento previsto en este tipo agravado son, por un lado, los familiares de los internos, quienes frecuentemente tratarán de hacerles llegar a los reclusos cantidades mínimas de droga, a instancia de su familiar, o lo que es más grave, a requerimiento de sus compañeros de reclusión, cuyo trato benévolo hacía el hijo o el marido interno dependerá de la voluntad de colaborar del familiar que le visita o le envía correo⁶¹. De otro lado, serán los propios reclusos los que intenten introducir las sustancias ilegales al regreso de los permisos penitenciarios. Llegados a este punto debemos matizar que, en ocasiones, lo harán para comerciar con ellas en el interior de la prisión, ciertamente, pero en otras muchas su intención será, simplemente, entregarlas a quienes con amenazas desde dentro del establecimiento les conminan a realizar este comportamiento.

A raíz de este tipo de situaciones, el Tribunal Supremo ha señalado la necesidad, en orden a la apreciación de la circunstancia, de que la introducción de las sustancias en los lugares mencionados por el art. 369.7ª se haga en cantidades, y condiciones potenciales de difusión entre las personas que en los mismos se encuentran, creando un peligro real de propagación. Por lo tanto, no se apreciará esta circunstancia cuando la introducción de una sustancia en uno de los lugares descritos por la agravación esté destinada a una persona en concreto.

La acción exige la introducción conectada con la difusión en el centro, es decir, requiere la finalidad de divulgación⁶², no concurriendo esta agravación cuando la entrega se hace con fines humanitarios.

Se discute entre varios sectores el momento de la consumación, considerándose en ocasiones delito de mera actividad, y en otras de resultado, exigiendo que se pase un control. Como se aprecia en la STS 68/2001 de 29 de enero⁶³, en unas resoluciones se exige la concurrencia de actos de difusión y en otras no.

Para concluir, mencionar que la agravación abarca también a las proximidades de los centros o establecimientos enumerados. La Circular 2/2005 de la FGE atiende en la interpretación de este término tanto a la perspectiva de carácter geográfico, como al «elemento finalístico o tendencial consistente en que las conductas se realicen con el propósito de favorecer, promover o facilitar el consumo ilegal de drogas en tales centros o establecimientos». Por lo tanto, la agravación abarca a

61 GÓMEZ RECIO, F., «El delito de tráfico de drogas tras la LO 15/03, o la definitiva pérdida del sentido de la medida», en *Artículos Doctrinales: Derecho Penal*, Noticias Jurídicas, 2005. Además, GÓMEZ RECIO señala que «para un sector importante de la Jurisprudencia la mera introducción de droga en un Establecimiento Penitenciario no conllevaba automáticamente la aplicación del tipo agravado. Se hacía precisa, afirmaban los Tribunales, que esa introducción se realizara en condiciones de potencial difusión, sin que llegara a exigirse tampoco que esta difusión se hubiera producido».

62 EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de...», *cit.*, pp. 104-105.

63 RJ 2001\378. Aranzadi.

los espacios cercanos a los lugares que aparecen en la redacción del precepto sobre los que se proyecte la razón de la agravación.

3.8 Cuando el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho

La doctrina coincide en que esta agravación es totalmente innecesaria, y prueba de ello es su, hasta el momento, escasa repercusión práctica. Además, debe tenerse en cuenta que los supuestos de empleo de violencia o exhibición o uso de armas para la ejecución de los delitos de tráfico de drogas, infrecuentes en la realidad práctica de estos delitos, podrían resolverse a través del correspondiente concurso. Por otro lado, observamos cómo la doctrina limita la aplicación de esta agravación a la violencia o exhibición o uso de armas empleada directamente en la comisión del hecho concreto de tráfico de drogas, excluyendo de este modo la agravación de la utilización de estos instrumentos en un momento siguiente o posterior habiendo finalizado la actividad delictiva. Como ejemplo podemos proponer el mencionado por la renombrada Circular 2/2005 de la FGE, que sería la utilización de estos medios para dificultar o impedir el descubrimiento del delito o la detención de su autor.

Otro de los aspectos más problemáticos que presenta este precepto es que no se determina el grado de violencia que comporta la aplicación del subtipo ni el tipo de armas que han de ser exhibidas. Este precepto sigue los criterios de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, en cuyo art. 3.5 se considera necesaria la tipificación de aquellos comportamientos relacionados con el tráfico de drogas en los que interviene el recurso a la violencia o el empleo de armas; aunque como hemos advertido, no lo hace con el rigor exhaustivo necesario.

Pese a la escasa aplicación de este precepto y la infrecuencia de conductas tendentes al empleo de violencia o exhibición o uso de armas en la ejecución de los delitos de tráfico de drogas, creo necesaria la inclusión en el precepto, o en defecto de esta, una aclaración consensuada por jurisprudencia y doctrina, del grado de violencia al que se refiere el precepto analizado. Es importante, en aras de la seguridad jurídica, determinar también la exclusión completa, o no, de los actos posteriores al momento concreto de la realización del delito y que utilicen estos instrumentos para actos relacionados con la ocultación del delito o autores.

4. EL TIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 369 BIS DEL CÓDIGO PENAL

El art. 369 bis fue introducido en el Código Penal mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El primer párrafo de este artículo establece que «cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos». Señalar, en primer lugar, que entenderemos el concepto de «organización delictiva» conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 570 bis, es decir, se entenderá por organización criminal «la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas». En segundo lugar, se aprecia que este art. 369 bis recoge una agravación de los hechos contenidos en el art. 368 CP, en concreto del tipo básico que aparece en el párrafo primero, para los casos en los que el sujeto activo pertenece a una organización delictiva dedicada al tráfico de sustancias ilegales.

Por otro lado, y siguiendo la opinión de la Circular 3/2001 de la FGE, si además de los elementos propios contenidos en el art. 369 bis concurriera alguno de los tipos agravados del art. 369 ya visto, o del art. 370 que se detallará a continuación; habrá un concurso de leyes que deberá resolverse a favor de la opción más grave penada, en aplicación del art. 8.4 CP, es decir, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor. La STS 220/2012 de 21 de marzo⁶⁴, es una muestra de la aplicación de la Circular 3/2001 de la FGE, en la que se aprecia en su Fundamento jurídico segundo lo siguiente: «entre la aplicación de las agravantes de los artículos 369.6^a (notoria importancia) y 370.3^o (extrema gravedad) que, tras la rebaja de la pena del tipo básico a un máximo de seis años, llevaría, con el criterio de incremento de un solo grado ya seguido en la Sentencia condenatoria, a una pena de prisión entre seis años y un día y nueve años, o la aplicación de la pertenencia a organización del nuevo artículo 369 bis que, para el caso del mero integrante, prevé una pena de privación de libertad entre ocho y doce años, es decir, superior a la anterior y, por ende, la que ha de ser tenida en cuenta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 4^a) del Código Penal respecto de las reglas relativas al concurso de normas».

También existirá un concurso de leyes entre el art. 369 bis y el art. 570 bis, que deberá resolverse conforme a lo establecido en el art. 570 quáter, concretamente en el párrafo segundo del

64 RJ 2012\5312. Aranzadi.

apartado 2: «En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.^a del artículo 8»; es decir, se remite a lo establecido por el 8.4 CP, el precepto castigado con mayor pena. Tal y como se determina en la STS 695/2013, de 22 de julio⁶⁵, «el nuevo subtipo agravado de organización previsto en el art. 369 bis del C. Penal suscita complejos problemas concursales con la nueva regulación de las organizaciones criminales en el art. 570 bis, dada la posibilidad de que se dé un concurso de normas entre el nuevo subtipo agravado de organización (art. 369 bis), de una parte, y de otra el concurso del delito contra la salud pública (arts. 368 y 369) con el nuevo tipo de organización criminal, con sus relevantes agravaciones específicas de penas (art. 570 bis, apartados 1 y 2). Tal concurso de normas habrá de dirimirse, con arreglo al art. 570 quáter.2, aplicando el supuesto que tenga asignada una mayor pena (art. 8.4 del C. Penal)». Así pues, deberán compararse las penas previstas en el art. 369 bis con las que resulten del concurso real del art. 570 bis y el delito de tráfico de drogas que corresponda.

Por último, hacer mención a que el art. 369 bis también prevé las penas correspondientes a las personas jurídicas responsables, conforme con lo establecido en el art. 31 bis, de los delitos contenidos en los arts. 368 y 369 CP.

5. LOS TIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL

Las agravaciones recogidas en el actual art. 370 CP suponen una mejora respecto a la redacción del precepto anterior. La estructura anterior de este artículo se centraba en la extrema gravedad del supuesto, pero no detallaba ni explicaba en que consistía esa extrema gravedad. El artículo servía para establecer una mayor agravación en los casos de jefes, administradores o encargados de una asociación u organización; y también, para designar una hiper-agravación de segundo grado, que actualmente ha desaparecido. Además, en lo que afecta a la penalidad de la conducta, vemos un cambio importante. La penalidad ya no es la superior en grado a las figuras agravadas en los subtipos del art. 369 CP, sino que se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 CP, permitiendo así una mayor maniobrabilidad por el juzgador a la hora de concretar las penas individuales.

El tipo agravado contemplado en el art. 370 se conoce también con el nombre de agravación de segundo grado, y castiga con la pena superior señalada en el art. 368 CP en uno o dos grados en los supuestos siguientes:

65 RJ 2013\8091. Aranzadi.

5.1 Cuando se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos

Respecto a este supuesto, debemos incidir en que el Tribunal Supremo, a partir del Acuerdo del Pleno de su Sala Segunda de 26 de febrero de 2009, realiza una interpretación muy restrictiva de esta agravación. En el citado Acuerdo se determina que «el tipo agravado previsto en el art. 370.1 del CP resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata». En consecuencia, abarcará este tipo agravado a los supuestos en los que el sujeto activo se sirve, se aprovecha, a través del empleo de coacción, intimidación o engaño, o prevaleciendo de una situación de superioridad, ya sea de un menor de 18 años o de un disminuido psíquico para realizar cualquier conducta típica del delito de tráfico de drogas; como por ejemplo, transportar las sustancias, custodiar la droga, entregarla, etc⁶⁶.

El fundamento de esta agravación reside, como vemos, en la menor capacidad de estos colectivos para su autodeterminación. A esto, debe añadirse el hecho de que utilizar a menores o disminuidos psíquicos supone una mayor facilidad para el infractor a la hora de cometer el delito, ya que elude responsabilidades y dificulta la tarea de la Administración de Justicia. Es la especial protección que ampara a los menores la que justifica en mayor grado esta agravación.

Por otro lado, y poniendo nuestra atención en la aplicación por parte de la jurisprudencia de esta agravante, señalar que, en la línea restrictiva mencionada anteriormente, el Tribunal Supremo no aplica este tipo agravado, como se aprecia en la STS 4/2010, de 28 de enero⁶⁷, al padre que trafica con drogas junto con su hijo de 17 años, por tener este un protagonismo y casi liderazgo en el entramado organizativo. En otro supuesto, el tratado por la STS 176/2009, de 12 de marzo⁶⁸, se contempla el caso de quien actúa con un menor de 17 años y encarga a este la tarea de atender por teléfono a los clientes y de entregarles los pedidos; tampoco aprecia el TS esta agravación al entender que se trata de un supuesto de cooperación o acuerdo entre ambas personas, en lugar de un aprovechamiento del menor por parte del mayor de edad. Sorprendentemente, el Tribunal Supremo tampoco aprecia, como vemos en la STS 70/2011, de 9 de febrero⁶⁹, a pesar de tratarse de un posible supuesto de autoría mediata, al padre que decide utilizar a su hijo pidiéndole que le acerque una bolsa de droga desde su domicilio hasta el lugar donde se encuentra, utilizando el argumento de que, al no quedar acreditado que el menor conociese el contenido del paquete, no queda constancia

66 VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tráfico de Drogas», *cit.*, p. 328.

67 RJ 2010\1272. Aranzadi.

68 RJ 2009\1783. Aranzadi.

69 RJ 2011\1937. Aranzadi.

del impacto negativo que la condición del porteador podría acarrearle en su proceso de socialización.

A nuestro juicio, la acción, en el supuesto de utilización de menores, incluye cualquier papel relevante que este pueda realizar en la comisión del delito, incluso aunque su carácter sea instrumental, como el transporte, tenencia mediata o suministro, será encargo del autor, sin ser relevante la situación de conocimiento por parte del menor, por la evidente corrupción que emana de conductas como el narcotráfico y el riesgo que supone para la vida e integridad del menor. Además, resulta claro el gravísimo peligro que supone para la salud pública la realización de estas conductas.

5.2 Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a las que se refiere la circunstancia 2ª del apartado 1 del art. 369

En lo que respecta al análisis de este tipo agravado me remito a lo comentado respecto al tipo agravado contenido en el art. 369.2 CP, también mencionado por el citado precepto. Lamentable y desafortunada es, de nuevo, la redacción del precepto. Es imperante matizar que las organizaciones a las que se refieren ambos artículos son organizaciones criminales.

Así pues, la agravación se aplicará cuando se dé la conducta típica y ésta sea realizada por los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a las que se refiere la circunstancia 2ª del 369 CP. Con mero propósito recordatorio, señalar que estas organizaciones criminales son las que realizan, además de conductas relativas al tráfico de drogas, actividades distintas al tráfico ilegal de sustancias, como puede ser el tráfico de armas o la inmigración ilegal. En el apartado destinado al art. 369.2, indicamos la postura por parte del Tribunal Supremo a la hora de exigir unos determinados requisitos para que pueda hablarse de organización delictiva en el sentido utilizado por la redacción de dicho art. 369.2 CP. Era necesario que existiese dicha organización, que los que la compongan tengan la voluntad de llevar a término el plan delictivo, que, además, sus miembros tengan una mínima estabilidad o permanencia dentro de ésta y que exista una estructura jerarquizada aunque su ordenación no esté especialmente elaborada. Pues bien, a todo esto deberá sumarse la posición indiscutible de liderazgo o coliderazgo por parte del infractor. Entendemos que esa posición, obtenida por méritos propios o por cualquier mecanismo de decisión que posea la organización, debe ser inequívoca para que se aprecie la agravación del art. 370.2 CP. También será suficiente con que el infractor haya manifestado su posición de jefe, administrador o encargado y no se haya desmentido por parte de ninguno de los integrantes.

Por último, y con ánimo esclarecedor, puntualizar que este tipo sólo se aplica para los jefes,

administradores o encargados de las organizaciones delictivas que se dedican a otras actividades además de al tráfico de drogas. Si la conducta típica es realizada por los jefes, administradores o encargados de una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas, el precepto aplicable será el art. 369 bis del CP.

5.3 Cuando las conductas descritas en el art. 368 fuesen de extrema gravedad

El art. 370, en su apartado 3º, enumera en su segundo párrafo de forma taxativa los supuestos de extrema gravedad. Se recogen por lo tanto, aquellos casos que eran objeto de ambigüedad en la redacción anterior del artículo y que debían ser desarrollados por la jurisprudencia.

El primera de las conductas consideradas de extrema gravedad se dará cuando «la cantidad de la droga exceda notablemente de la considerada como de notoria importancia». En este sentido, el Tribunal Supremo, mediante el Acuerdo de la Sala Segunda de 25 de noviembre de 2008, establece que «la aplicación de la agravación del art. 370.3 del CP referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia». A tenor de este Acuerdo, se aplicará el tipo agravado cuando la cantidad de droga objeto del delito supere la cifra que resulta de multiplicar por mil la cantidad considerada por el Tribunal Supremo como de notoria importancia. En el apartado 5 del capítulo 3 del presente escrito, se hace alusión a varios ejemplos de drogas en cantidades de notoria importancia. No obstante, y con la intención de facilitar e ilustrar el alcance de la extrema gravedad por la cuantía, volveré a citar los ejemplos pero aplicando ya el criterio del TS, como hace la STS 1177/2011 de 31 de octubre⁷⁰, 300 kilogramos de heroína, 750 kilogramos de cocaína, 2500 kilogramos de hachís...

En segundo lugar, otra de las conductas que contempla el art. 370.3 CP es cuando «se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico». Subrayar que antes de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, tan solo se mencionaban buques y aeronaves. Será el Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 25 de noviembre de 2008 el que precise que «no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de buque. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de este concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras para efectuar travesías de cierta

70 RJ 2012\1374. Aranzadi.

entidad». No es difícil imaginar que tras la inclusión, por parte de la LO 5/2010, de la expresión embarcaciones a las existentes, buques y aeronaves, el Acuerdo de la Sala Segunda del TS quedó, prácticamente, carente de utilidad. En la actualidad, esto ha derivado en usos masivos de lanchas motoras y planeadoras para el tráfico de drogas, y por ello, este tipo de vehículos ha tenido que incluirse en este tipo agravado. Siguen quedando fuera de este tipo, métodos de transporte como las barcas. Añadir también, en relación con este punto, lo expresado por la Circular 3/2011 de la FGE: «se colmará la agravación mediante la utilización de una embarcación que determine una mayor intensidad criminógena y contribuya de manera decisiva al éxito de la consumación del delito y al intento potencialmente eficiente de facilitar o asegurar su impunidad».

Por otro lado, es necesario introducir el matiz de que los buques, embarcaciones o aeronaves han de ser utilizadas como un medio de transporte específico para la droga, es decir, el buque, embarcación o aeronave es el medio material que transporta la droga⁷¹. No podrá aplicarse este tipo a quien transporta la droga en su cuerpo o equipaje y utiliza estos medios de transporte, sean lícitos o ilícitos.

La tercera situación descrita por el apartado 3 del 370 del Código Penal, se basa en «se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas». Este matiz, que en un principio puede resultar complejo, tiene la razón de su agravación, tal y como expresa la Circular 3/2011 de la Fiscalía General del Estado, «en la mayor peligrosidad del tráfico de drogas cuando se oculta bajo la cobertura de operaciones de comercio lícitas de carácter transnacional, dado que su persecución y descubrimiento resulta, en estos casos, más dificultosa». Es comprensible y justificada la inclusión de esta agravación en el Código Penal, sin embargo, su aplicación es más bien dudosa. Los acuerdos o negociaciones entre empresas, aunque sean lícitos, pertenecen como norma general al ámbito privado y no se hacen públicas. Suelen ser reuniones secretas, especialmente, si son empresas que se posicionan en un mercado con fuerte competencia.

La cuarta situación contemplada por este apartado es cuando «se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades». Este tipo agravado plantea serios problemas de delimitación con el citado art. 369 bis⁷². Un sector de la doctrina comparte que la diferencia entre estos dos preceptos radica en que en el tipo agravado del 370 no se exige expresamente la existencia de una organización delictiva que sí menciona el art. 369 bis CP; ni que el sujeto activo pertenezca a tal red internacional, teniéndose como suficiente con que actúe a su amparo.

Por otro lado, y con opinión distinta, la Circular 3/2011 de la FGE, para la que el concepto

71 VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tráfico de Drogas», *cit.*, p. 329.

72 GALLEGO SOLER, J.I., *Los delitos de tráfico de drogas II: un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP, y tratamientos jurisprudenciales*, José María Bosch, Barcelona, 1999.

de red internacional dedicada al tráfico de drogas es asimilable al de organización criminal que contempla el 369 bis, con la diferencia de que aquel se limita a organizaciones que actúan en más de un Estado. Cuando unos mismos hechos queden abarcados por ambos preceptos, se deberá aplicar el que contemple la mayor pena en aplicación del art. 8.4 del Código Penal, que será uno u otro en función del tipo de droga, sea dura o blanda, y del rango que ocupe el culpable en la organización.

Y la quinta situación, y última, que se recoge en el 370.3 CP es cuando «concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369 del Código Penal».

Para concluir con este análisis del tipo agravado del art. 370 CP, haré una breve alusión en lo que respecta a su penalidad. En primer lugar, mencionar que el art. 370 CP prevé para los supuestos que acabamos de analizar, y como se ha mencionado anteriormente, «la pena superior en uno o dos grados a la señalada por el art. 368 CP». Así pues, el tribunal elevará la pena obligatoriamente en un grado, y facultativamente dos. Sin embargo, alguna de las agravaciones del art. 370 CP se construye sobre la concurrencia previa de tipos agravados del art. 369 CP, precepto este que ya prevé una pena superior en grado a la del art. 368 CP. Un claro ejemplo de lo expuesto es el caso en que la cantidad de la droga excede notablemente a la considerada como de notoria importancia o al supuesto en el que es necesario que concurren tres o más de las circunstancias que aparecen el art. 369 CP. Será en estos supuestos, y en clara señal de respeto al principio de proporcionalidad, cuando el tribunal deberá optar por un incremento de dos grados en la pena.

A diferencia de lo que hemos visto en el art. 369 CP, el art. 370 CP, concretamente en su primer párrafo, no se hace referencia expresa a la pena de multa. Se indica únicamente que ésta será superior en un o dos grados a la señalada por el tipo básico. Por lo tanto, se discute si «la pena superior en uno o dos grados» a la que se refiere el art. 370, es aplicable solo a la pena de prisión, o también a la pena de multa. No obstante, la cuestión parece complicarse si avanzamos conforme a lo dispuesto por el último párrafo del art. 370, que establece que «en los supuestos de los anteriores números 2 y 3 se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito». Una de las posibles interpretaciones de esto último se infiere de lo expuesto por la Circular 2/2005 de la FGE: «la pena superior en uno o dos grados» a la que se refiere el tercer párrafo del art. 370, es decir, conductas de extrema de gravedad, abarcará tanto la pena de prisión como la de multa. En consonancia, se subirá uno o dos grados las penas de prisión y multa del art. 368 CP para los tres apartados del art. 370 CP. Y, además de lo anterior, para los puntos 2 y 3 deberá imponerse una multa del tanto al triplo del valor de la droga que sea objeto del delito.

CONCLUSIONES

Es imposible negar, estando inmersos en el siglo XXI, que el tráfico de drogas constituye una de las causas más importantes de delincuencia. Esto no se aprecia sólo en nuestro país, sino que va más allá de un espacio geográfico concreto. Además, el tráfico de drogas no es un problema aislado, ya que su actividad, además de dar lugar a grandes movimientos de capitales, supone un incremento de otros delitos que podríamos considerar conexos o colaterales al delito de tráfico de drogas. El exponencial crecimiento de esta problemática actual, y de la delincuencia conexas a éste, no refleja sino la incapacidad y la ineficacia de las opciones político-criminales existentes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a lo largo del orbe.

Esta situación, no obstante, no es sobrevenida. Si bien es cierto que el consumo y elaboración, así como el comercio y tráfico, de sustancias se remonta al período prehistórico; es notable el auge de este fenómeno, ya sea por la evolución moral de los individuos o de las sociedades, a partir de los años 90. La aparición de las organizaciones criminales en el ámbito de drogas ha supuesto un antes y un después en la sociedad mundial. La participación en la distribución o en el blanqueo de capitales por parte de estas organizaciones vinculadas al mundo de la droga son meros indicativos de que la droga es un «mercado» muy lucrativo. Prueba de esto es la aparición de testaferros y sociedades instrumentales para el blanqueo del dinero obtenido en la venta y distribución de droga. También, la incorporación de otros colectivos profesionales, como biólogos, farmacéuticos, expertos en prácticas mercantiles y financieras, etc., hacen posible la creación de «productos» más sofisticados, dañinos y difíciles de localizar para los investigadores y las fuerzas de seguridad de los estados; bien por la dificultad presente a la hora de saber la procedencia de la sustancia, o por la imposibilidad de establecer una conexión entre la tributación, fiscalidad y el comercio de drogas.

La aparición de nuevas tecnologías y la accesibilidad de Internet no han ayudado tampoco a frenar este incremento en el tráfico de drogas. Incluso, en ocasiones, Internet y las nuevas tecnologías se han convertido en un puente para aumentar el radio de efecto de estas conductas. Las organizaciones delictivas de narcotraficantes o, incluso, el vendedor ocasional se sirven de las distintas formas de comunicación que existen en Internet, como correos electrónicos, redes sociales, foros de opinión, etc., para explotar y desarrollar su mercado. Si a la fácil accesibilidad que ofrece Internet sumamos el anonimato que ofrecen la mayor parte de las plataformas que lo integran, no es complicado entender que la venta de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en Internet se haya disparado en los últimos años. Así pues, las conocidas como nuevas tecnologías de la información se encuentran al servicio de un mercado de narcotraficantes que realizan transacciones

de venta sin ningún tipo de control y a través de más de 1400 foros de intercambio de información sobre drogas y sustancias psicotrópicas, o páginas especializadas que se ofrecen como intermediarios en la comunicación entre comprador y vendedor, prácticamente imposibles de encontrar mediante los servicios de búsqueda, como Google o Yahoo⁷³. Si echamos un vistazo al artículo 369 del Código Penal, concretamente a su punto 3, vemos como se recoge una serie de agravaciones de la conducta típica del art. 368 CP, la comisión del delito en «establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos». El motivo de la agravación está fundamentado en la protección y las facilidades que ofrecen este tipo de establecimientos para llevar a cabo el tráfico de drogas bajo la apariencia de una actividad de otra índole, así como por el mayor potencial en la distribución de sustancias lícitas. Así pues, para apreciar esta agravante, cabe preguntarnos si Internet puede y debe ser considerado como un establecimiento abierto al público por los responsables o empleados de los mismos con el fin de facilitar o promover el tráfico de drogas. A pesar de la escasa o nula jurisprudencia sobre la consideración de Internet como un establecimiento abierto, debemos atender a que la venta de estupefacientes o sustancias psicotrópicas a través de Internet supone un aumento del riesgo para los potenciales consumidores y, por descontado, mayores beneficios para los vendedores, que si se realizara la venta a través de otro medio más minoritario, y ello, unido a la mayor dificultad para la persecución del delito, podría tenerse en cuenta para alegar el mayor perjuicio que dicha conducta puede producir contra la salud pública, pues la peligrosidad de la conducta promueve además el tráfico en el sentido del artículo 368 CP, anima la difusión de droga a terceros y se realiza por los responsables o empleados de los mismos. La prensa española se ha hecho eco, como en un artículo del diario ABC⁷⁴, donde aparecen anuncios de foros en Internet que publicitan nuevas sustancias como la nueva droga «metoxetamina (MXE)», cuyo uso se está expandiendo gracias a la venta ilegal a través de Internet. Los traficantes publicitan esta sustancia y la venden como la alternativa legal a la ketamina ya que según dicen ellos se puede adquirir sin licencia veterinaria y a un mejor precio. Este engaño ha hecho que tenga una gran popularidad entre los consumidores porque asocian legalidad con seguridad. Desde su creación, el grupo de drogas por Internet de la Policía ha desarrollado numerosas operaciones contra grupos de «cibernarcos» de todo el país. En alguna de sus intervenciones también se han topado con grupos dedicados a la venta de anabolizantes». Siguiendo esta línea otro artículo de prensa del diario ABC⁷⁵ nos habla de «*Silk Road*, «la ruta de la seda», el mayor mercado de estupefacientes en Internet. *Silk Road* es un lugar de encuentro online para la compraventa de artículos prohibidos. Sus productos estrella son todo tipo de drogas ilegales. Marihuana, opiáceos, alucinógenos,

73 Fuente: www.delitosinformaticos.com

74 <http://www.abc.es/20120614/espana/abci-venta-cocaina-internet-201206131814.html>

75 <http://www.abc.es/20120813/tecnologia/abci-silk-road-trafico-drogas-201208130817.html>

benzodiacepinas, éxtasis y otras. Da igual. En la «Ruta de la Seda» se puede vender casi cualquier cosa. Un investigador de la universidad Carnegie Mellon (Pennsylvania, EE.UU.) ha estudiado su funcionamiento durante seis meses y ha publicado sus conclusiones en arXiv. Según sus cálculos, el volumen de negocio supera los 22 millones de dólares al año. Al contrario que en la mayoría de tiendas online, en Silk Road no es fácil entrar. Su dirección cambia con cierta regularidad, y no termina en '.com'. El acceso se lleva a cabo a través de TOR, una tecnología que hace casi imposible saber quién se conecta a una web, o dónde está alojada ésta. Incluso para la policía».

El legislador ha intentado poner freno a la expansión de estas conductas, a veces con gran acierto y otras con normas complejas y de aportación real dudosa. Desde la aparición de los primeros Códigos Penales se ha intentado dar con la solución y lograr el resultado deseado, acabar con esta lacra social. Para ello, se han modificado en varias ocasiones tanto el tipo básico como los tipos agravados del tráfico de drogas. El incremento de algunas penas, ya sean de prisión o pecuniarias, han sido los cambios más notables. Sin embargo, y como se ha indicado a lo largo del presente trabajo, estas medidas han estado lejos de suponer una reducción real de las conductas, es más, en la actualidad existe un incremento notoriamente desproporcionado que desborda el nivel de actuación de los Estados a escala nacional e internacional. Frente a esto, sólo cabe la cooperación internacional y la respuesta eficaz por parte de todos los niveles: penales, procesales, etc.

Otro de los aspectos más importantes a la hora de determinar el fracaso en las políticas-criminales y el mencionado auge de las conductas dirigidas al tráfico de drogas, no es otro que la falsa vinculación que se establece a lo largo de la historia entre la pena y la búsqueda de prevención de futuras conductas. Ha quedado notablemente demostrado que el incremento de penas pecuniarias y de prisión no ha servido para detener el continuo avance, es más, en muchas ocasiones los centros penitenciarios reúnen a individuos que establecen contactos futuros y que tienen plena incidencia actual para las organizaciones a las que pertenecen. La formación de alianzas o patrones de ocultación, así como el mercado interno de drogas de muchas prisiones, desvelados por diversos medios de información audiovisual y prensa escrita, son claros ejemplos de que muchas de las soluciones están alejadas de la erradicación total de la problemática. Si echamos la vista atrás, vemos como la determinación efectiva de la utilización de la pena y la concreción exacta del tipo y las clases de castigo aparejadas al mismo, han sido objeto de preocupación y de estudio a lo largo de nuestra historia reciente. Fue en el s. XVIII, gracias al continuo debate sobre la verdadera utilidad y eficacia de las penas en relación con la pena de muerte, cuando se aventuró la posibilidad de un camino alternativo a las reinantes penas desproporcionadas. Si extrapolamos estos debates a la actualidad, podemos concluir que, si bien la pena de prisión supone un freno para muchos individuos a la hora de delinquir, en lo que respecta a la prevención general, y a la disuasión de

otros integrantes de la sociedad, no se consigue el equilibrio necesario. Las posturas de autores como Beccaria, Bentham o Lardizábal respecto a la utilidad de la pena de prisión fueron útiles durante un lapso de tiempo más corto de lo esperado; y derivaron en penas más duras que hicieran más eficaz al castigo, o lo que es lo mismo, la apelación a la prevención especial.

Por supuesto, mucho más alejada de la realidad quedan las penas pecuniarias, ya que el movimiento de capital y el lucro que genera el tráfico ilegal de drogas es muy superior al posible castigo futuro.

Estas conclusiones sobre la pena entran en conflicto con la percepción por la sociedad del tráfico de drogas. Es notoria la preocupación por el tráfico ilegal de sustancias, como se ha reiterado en numerosas ocasiones, pero también es cierto que existen corrientes sociales que buscan la legalidad de determinadas sustancias. Se abre a debate pues, la inclusión de algunas sustancias en aras de su disfrute y con ánimo de acabar con el aura de criminalidad que las rodea. El ejemplo más evidente es la propuesta de legalización de sustancias como la marihuana y el hachís para usos lúdicos por distintas plataformas. Si ponemos en juego los intereses sobre la legalización o no del consumo de drogas en relación con su despenalización y control adecuado, tanto de su consumo como de su tráfico, aparece una posible alternativa. Sin embargo, esto plantea la duda de si acabar con el tráfico ilegal de drogas mediante la despenalización de sus figuras es una solución beneficiosa para la sociedad. Bien es cierto que en la definición de droga que ofrece la OMS, y por la que se entiende como droga a «toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o varias de sus funciones y susceptible de crear dependencia y que puede, a la vez, crear tolerancia», se incluyen sustancias como el alcohol, el tabaco, el café o el té, cuyo consumo es legal en gran parte del mundo, teniendo en cuenta salvedades culturales. No obstante, aunque se considerara viable la opción de la legalización, y por lo tanto de despenalización, de las drogas, sería preciso matizar qué drogas serían legales y cuáles no. En esta línea, la cultura popular y las designaciones comunes de «drogas blandas» y «drogas duras», serían un fiel espejo de qué sustancias podrían llegar a legalizarse y cuáles no. Avanzando en este sentido, en una noticia del diario El País⁷⁶, se podía leer en su titular que el PIB subiría hasta un 4,5% al sumar drogas, prostitución y otros cambios. Los cambios legislativos en relación con la penalidad en las drogas podrían suponer un descenso en la criminalidad, evidente por la despenalización, un aumento del control de estas sustancias, que afectan tanto a su composición como distribución, e incluso un incremento del PIB en un contexto de crisis. Sin embargo, esta solución se encuentra muy lejos de ser la panacea. El consumo de drogas, y la situación de drogodependencia y abstinencia, se encuentran enteramente conectados con delitos como el homicidio y asesinato, las lesiones, el hurto

76 economia.elpais.com/economia/2014/06/12/actualidad/1402564871_895351.html

y el robo, etc., que no desaparecerían con la despenalización de las figuras del tráfico de drogas. Lejos de esto, podríamos encontrarnos ante un aumento de estos delitos como consecuencia de un consumo mayor producido por la despenalización del tráfico de drogas. Delitos que, además, tienen un contenido distinto y cuyo bien jurídico también es diferente. El halo de protección de la salud individual se vería mermado y en peligro a consecuencia de estas medidas.

Por otro lado, y abogando por una oportunidad de cara a la renovación del radio de acción del delito de tráfico de drogas, es necesaria, en primer lugar, la reforma del bloque de medidas por parte del Estado para la prevención de esta problemática. Una mayor interacción institucional, empezando por una repercusión y difusión mayor de políticas como el Plan Nacional sobre Drogas, supondría una implicación por parte de la sociedad para iniciar un cambio que se traduce en una mayor seguridad y calidad de vida para todos. En segundo lugar, y con el punto de mira en el resto de Estados, se hace necesario, con carácter casi obligatorio, la aceptación de pactos, convenios o tratados encaminados a la total aplicación de políticas-criminales antidroga por parte de la comunidad internacional, sancionando a los países firmantes que no apliquen las medidas y recursos necesarios para la erradicación del tráfico de drogas. Pese a lo utópico de esta solución, creo que la implicación en tratados internacionales por parte de los principales países exportadores de droga del mundo, así como un control aún más exhaustivo por parte de los países consumidores, supondría un avance de gran consideración en la lucha contra el tráfico ilegal de sustancias.

Y por último, en tercer lugar, podemos centrar nuestros esfuerzos en la concreción de los tipos ya existentes en nuestro Código Penal, tanto los pertenecientes al tipo básico como a los tipos agravados. Estas medidas deberán realizarse atendiendo no sólo al problema generado por el tráfico de droga años atrás, sino atendiendo también a la incursión del mercado de sustancias ilegales en diversos sectores, como la mencionada inmersión de los traficantes en Internet y las nuevas tecnologías.

Es en esta dirección, donde el legislador tiene que mirar atrás y observar con detenimiento el largo camino recorrido y observar qué cambios han servido y cuáles no han supuesto un avance, o peor, cuales han supuesto un retroceso. Mientras tanto, deberemos contemplar con esperanza las nuevas alternativas presentadas por las Organizaciones Internacionales, con recelo los modelos de despenalización de las conductas y con convicción los cambios legislativos encaminados a acabar con la lacra social que domina gran parte de la delincuencia en el mundo, la droga.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *et al.*, *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones», en *La problemática de la droga en España (análisis y propuestas político-criminales)*, Edersa, Madrid, 1986, p. 131.

CÓRDOBA RODA, J., «El delito de tráfico de drogas», en *Estudios penales y criminológicos*, nº. 4, 1979-1980, pp. 9-34.

COTELO LÓPEZ, C., «Artículos 369 y 370 del Código Penal: tipos agravados en el tráfico de drogas», en *Manuales de formación continuada*, nº. 37, 2006, pp. 107-164.

DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J., *Tratado de Derecho Penal español*, vol. 1, Darro, Madrid, 1978, p.532.

DEL TORO MARZAL, A., «Tráfico de drogas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1980, pp. 103 y ss.

ECHARRI CASI, F.J., «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico», en *Plan Nacional de Drogas*, La Ley, Madrid, 2005, pp.70-71.

EXPÓSITO LÓPEZ, A., «El delito de tráfico de drogas», en *Revista de Derecho UNED*, nº. 10, 2012, pp. 91-124.

FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Universidad de Murcia, Murcia, 1946, pp. 23-26.

GALLEGO SOLER, J.I., *Los delitos de tráfico de drogas II: un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP, y tratamientos jurisprudenciales*, José María Bosch, Barcelona, 1999.

GÓMEZ RECIO, F., «El delito de tráfico de drogas tras la LO 15/03, o la definitiva pérdida del sentido de la medida», en *Artículos Doctrinales: Derecho Penal*, Noticias Jurídicas, 2005.

GONZALEZ CUSSAC, J.L., *et al.*, *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, t. VII, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 270-274.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Código Penal reformado de 27 de octubre de 1.932 y disposiciones penales de la República*, Reus, Madrid, 1934, p. 62.

MAQUEDA ABREU, M.L., «Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas», en *La Ley*, nº 4624/1998, Madrid, 1998, pp. 86-134.

MOLINA MANSILLA, Mª.C., «Análisis general del delito de tráfico de drogas», en *La ley penal*, nº. 55, 2008.

MOLINA MANSILLA, Mª.C., «El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. LIX, 2006, pp. 277-354.

MOLINA MANSILLA, Mª.C., «Evolución de la normativa española en el delito de tráfico de drogas: en el período 1900-1971», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, nº. 0, 2007-2008, pp. 194-257.

MOLINA PÉREZ, T., «El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas», en *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº. 38, 2005, pp. 93-116.

MORALES VALVERDE, R., «Plantas mágicas y brujería», en *Quercus*, 1995, pp. 7-8.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 325.

PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., *El delito de tráfico de drogas y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español*, Thomson, Pamplona, 1995, p. 87 y pp. 177 y ss.

PUENTE ABA, L.M., «Perspectivas de género en las condenas por tráfico de drogas», en *Oñati socio-legal series*, vol. 2, nº. 6, 2012, pp. 97-121

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Fermí (coord), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª edic., Aranzadi, 2011, pp.1503-1514.

QUINTERO OLIVARES, G., «El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo», en *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986, pp. 162 y ss.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.Mª., *Derecho Penal español. Parte especial*, 11ª edic., Dykinson, Madrid, 1988, p. 1070 y ss.

TORIO LÓPEZ, M.A., «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXIII/1995, Madrid, 1995, p. 326.

VALLE MUÑIZ, J.M., *Código Penal y Leyes Penales especiales*, 19ª edic., Aranzadi, 2013.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Tráfico de Drogas», en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, VIZUETA (coord.), Facultad de Derecho, Zaragoza, 2012, pp. 317-331.

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

STS de 11 de febrero de 1927. MOLINA MANSILLA, Mª.C., «Evolución de la...», *cit.*, p. 220.

STS de 9 de agosto de 1927. MOLINA MANSILLA, Mª.C., «Evolución de la...», *cit.*, p. 220.

STS de 25 de enero de 1929. MOLINA MANSILLA, Mª.C., «Evolución de la...», *cit.*, p. 220.

STS de 31 de enero de 1929. MOLINA MANSILLA, Mª.C., «Evolución de la...», *cit.*, p. 220.

STS 68/2001 de 29 de enero. Aranzadi. RJ 2001\378.

STS 2172/2002 de 30 de diciembre. Aranzadi. RJ 2003\557.

STS 358/2003 de 16 de junio. Aranzadi. RJ 2003\4356.

STS 195/2004 de 16 de febrero. Aranzadi. RJ 2004\2219.

STS 1/2006 de 9 de enero. Aranzadi. RJ 2006\3330.

STS 278/2006 de 10 de marzo. Aranzadi. RJ 2006\5415.

STS 400/2006 de 10 de abril. Aranzadi. RJ 2006\5104.

STS 176/2009 de 12 de marzo. Aranzadi. RJ 2009\1783.

STS 4/2010 de 28 de enero. Aranzadi. RJ 2010\1272.

STS 376/2010 de 27 de abril. Aranzadi. RJ 2010\5559.
STS 70/2011 de 9 de febrero. Aranzadi. RJ 2011\1937.
STS 175/2011 de 17 marzo. Aranzadi. RJ 2011\2794.
STS 616/2011 de 27 de mayo. Aranzadi. RJ 2011\4407.
STS 941/2011 de 14 de septiembre. Aranzadi. RJ 2011\6458.
STS 1177/2011 de 31 de octubre. Aranzadi. RJ 2012\1374.
STS 220/2012 de 21 de marzo. Aranzadi. RJ 2012\5312.
STS 695/2013 de 22 de julio. Aranzadi. RJ 2013\8091.